

Jaime Araújo Rentería (Colombia) *

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica

El objeto de nuestra investigación es llamar la atención sobre lo que hay detrás de las técnicas del control de constitucionalidad y su gran carga ideológica.

1. Juicio de proporcionalidad o razonabilidad

La técnica de control de constitucionalidad que se ha denominado *juicio de proporcionalidad* es distinta del *test de igualdad*. Este último es creación del constitucionalismo norteamericano, mientras que el primero es del constitucionalismo europeo.

El control de constitucionalidad por medio del principio de proporcionalidad (o racionalidad) no es más que una relación entre medios y fines. Lo primero que debemos precisar es que éste sólo se aplica a las acciones de los poderes públicos y no a las acciones entre particulares, que no deben someterse al principio de proporcionalidad.

Respecto del fin, hay que señalar que cada acción estatal tiene que perseguir un fin legítimo y éste debe tener ciertas características; entre otras, no estar prohibido, ya que si la Constitución tiene un fin prohibido la ley que lo persigue es inconstitucional. El fin debe estar entonces permitido. Debe ser además un fin constitucionalmente permitido y relevante. Es preciso aclarar que el Estado no tiene un único fin, sino pluralidad de fines.

* Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Libros publicados: *El referendo en Colombia*; *El régimen presidencial en el derecho comparado*; *Principios de derecho constitucional*; *Teoría de la Constitución*; *El derecho fundamental a la igualdad: Precisiones*. <jaimeAR@corconstitucional.ramajudicial.gov.co>

El medio utilizado (la ley que se somete al control de constitucionalidad) tampoco debe estar prohibido; por ejemplo, si el fin es la búsqueda de la verdad dentro de los procesos, un medio como la tortura está prohibido en el Estado de derecho, y si una ley permite la tortura del sindicado debe ser declarada inconstitucional. Además de estar permitido, el medio debe además ser adecuado para lograr el fin que se persigue. Este requisito apunta a la idoneidad del medio utilizado. Si éste no lleva al fin que se persigue, porque es inocuo o no es idóneo, la norma debe ser declarada inconstitucional, pues no sirve para el fin que se persigue.

La Constitución trata de erigirse en una valla para quien desee perseguir sus fines (justos o injustos) por medios que la comunidad ha juzgado históricamente peligrosos o que afecten intereses dotados de consenso. Por esto ha sido tan común en nuestra historia que diversos grupos hayan tratado de eliminarla, suspenderla, sustituirla o, más modestamente, utilizar sus resquicios.

Cada individuo persigue lo que entiende como sus propios fines por los medios que juzga conducentes. Pero en esa persecución hay vías que le está vedado recorrer: no puede resolver sus problemas sentimentales matando a su cónyuge, ni agregar una habitación a su vivienda invadiendo la del vecino, ni incrementar la rentabilidad de su negocio omitiendo el pago de impuestos o abonando salarios inferiores a los establecidos, ni asegurarse el respeto y la obediencia de sus hijos mediante mutilaciones o castigos crueles, ni divertirse en sus fiestas causando ruidos molestos, ni llegar puntualmente a sus compromisos estacionando el automóvil en doble hilera. Todos esos fines son lícitos, pero sólo pueden perseguirse por medios no prohibidos, cualquiera sea el juicio del interesado acerca de la mayor eficacia de alguno de los medios vedados respecto de los permitidos. Las restricciones se imponen por una vía ajena a la ética, porque no es posible confiar, no ya en la fuerza de voluntad de los infractores potenciales (en especial frente a balances valorativos coyunturales e individuales opuestos a la restricción), sino incluso en el acuerdo unánime respecto de la inconveniencia de tales medios.¹

El medio, además de no estar prohibido y ser idóneo, debe ser necesario, de tal manera que, si es idóneo pero no necesario, la norma debe ser declarada inconstitucional. El concepto de *necesidad* es muy importante, ya que, si existe otro medio alternativo que permita lograr el mismo fin con una menor restricción o limitación del derecho fundamental y el legislador no lo emplea, la norma debe ser declarada inconstitucional. Como se ve, el concepto de *necesidad* (medio necesario) es muy importante en el control de constitucionalidad para salvaguardar los derechos fundamentales, por cuanto la ley está restringiendo o limitando un derecho de un ciudadano y la regla general es que los ciudadanos disfruten plenamente de sus derechos, sin restric-

¹ Ricardo Guibourg: "Fines y medios: una aproximación a los derechos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1992, Alicante (España).

ciones, sin límites, sin cortapisas. De modo que, si existe otra restricción menos gravosa del derecho, el legislador debe acudir necesariamente a la menos gravosa, y si escoge la más grave, la más restrictiva, la norma debe ser declarada inconstitucional.

Queremos señalar aquí que la Corte Constitucional de Colombia ha aplicado mal el principio de proporcionalidad, ya que en muchos casos se ha limitado a controlar que el medio sea adecuado, sin hacer el control de necesidad, lo que ha permitido que muchas leyes inconstitucionales se hayan encontrado ajustadas a la Constitución. Esta confusión se ha originado por mezclar el sistema norteamericano de *test de igualdad* (flexible, medio, estricto) con el sistema de control europeo de proporcionalidad, que, como hemos dicho, son distintos.

En consecuencia, en el control de constitucionalidad con el principio de proporcionalidad el medio no puede estar prohibido, debe estar permitido, ser adecuado y además necesario, pues si el control llega sólo hasta el elemento adecuado es un control de constitucionalidad deficiente, que permite que se vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, este método de control de constitucionalidad tiene la denominada *proporcionalidad en sentido estricto*, que en términos económicos sería una relación costo-beneficio, dado que, si el costo es mayor que el beneficio, la norma debe ser declarada inconstitucional. Dicho de otra manera, la norma sólo está ajustada a la Constitución si el beneficio que recibe la sociedad es mayor que el costo de haber restringido o limitado un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional debe preguntarse en primer lugar cuál es la importancia del fin que el Estado persigue con su intervención; en segundo lugar, cuál es la importancia del derecho fundamental que se limita por medio de la ley. Después de comparar los dos derechos en conflicto y de determinar que el que se limita es menor que el que se protege con el fin perseguido, se puede declarar que la limitación del derecho se ajusta a la Constitución.

Como se observa, el control de constitucionalidad por medio del principio de proporcionalidad exige que se cumplan todos los elementos arriba analizados, de forma que, si falta alguno de ellos, la ley debe ser declarada inconstitucional.

1.1. Acerca de la razonabilidad

En muchas ocasiones, se modifica el juicio de proporcionalidad y se habla de juicio de razonabilidad. Pero ¿qué se quiere decir con este concepto? Lo primero que debemos señalar es que se refiere a la interdicción o prohibición de arbitrariedad. Lo segundo, que busca analizar si la distinción que hizo el legislador está justificada o no.

Existe una diferenciación arbitraria “cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”. Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y está por ello prohibida cuando no es posible encontrar una razón calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón es descrita de múltiples

maneras. En la cita que se acaba de presentar se exige que se trate de una *razón razonable* o que *surja de la naturaleza de la cosa* o que, de alguna otra manera, *sea concretamente comprensible*. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no sea *evidente*, y, en otras, simplemente que la razón haga que la diferenciación esté *justificada*. El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de *una forma de consideración orientada por la idea de la justicia*.

De todo esto se infiere que tiene que haber una razón suficiente para las justificaciones, y que la cualificación de la razón como *suficiente* es un problema de valoración. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que, cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento. Esto puede formularse con el siguiente enunciado, que constituye una precisión de la versión débil de la máxima general de igualdad propiciada más arriba: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.²

En abstracto, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta. El legislador es libre de perseguir cualesquiera finalidades, siempre que sean lícitas en el marco constitucional.

Si lo anterior es cierto, el examen exigido por el principio genérico de igualdad en la ley puede reducirse a la exigencia de adecuación suficiente entre la clasificación empleada y la finalidad de la norma, que es en lo que en realidad ha consistido el análisis jurisprudencial de la *razonabilidad* de las distinciones consideradas. Ahora bien, en realidad, si esta relación entre medios y fines pudiera y debiera ser perfecta, el examen de razonabilidad se convertiría en un ejercicio técnico, básicamente objetivable en los términos de las ciencias sociales y que se podría reducir sin más a una aplicación de lo que Max Weber denominó *racionalidad instrumental*. Pero si, por un lado, la existencia de una relación de igualdad relevante entre dos o más individuos presupone una atribución valorativa y, por otro lado, la adecuación entre fines y medios normativos, particularmente en cuanto afecta al principio genérico de igualdad ante la ley, no siempre necesita ser estricta o exacta para ser calificada como razonable, entonces el examen de razonabilidad no puede reducirse al de racionalidad, lo que deja abierto el campo a la introducción de juicios de valor en la determinación de la propia relación de adecuación. Veámoslo por partes.

En efecto, por un lado, ninguna relación de igualdad, especialmente en contextos sociales, éticos y jurídico-políticos, es propiamente de identidad, por lo que la determinación de aquélla supone necesariamente la existencia de ciertos rasgos comunes y ciertos rasgos disímiles, de los que se destacan los primeros como relevantes en función de un determinado aspecto o trato. Esto significa que la simple predicación de una determinada relación de igualdad entre dos o más personas, incluso en contextos descriptivos, exige evaluar y seleccionar los rasgos que se consideran relevantes en uno u otro aspecto. Además, en las relaciones de igualdad

² Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 395.

prescriptivas, esto es, cuando la relevancia de la igualdad se determina en función de un determinado trato que se propone como debido o prohibido, la propia conexión entre los rasgos considerados comunes y el trato asociado a su posesión depende a su vez de una valoración de carácter práctico y, en último término, ético. Tal conexión, así pues, no puede comprobarse empíricamente, al modo de la racionalidad instrumental, sino que, en el mejor de los casos, supone un juicio de razonabilidad, en el que se aportan argumentos capaces de recibir mayor o menor adhesión en un determinado contexto histórico-social.³

2. Acerca del concepto de *razón suficiente*. Precisión lógica

En la cita de Robert Alexy que hicimos arriba y en la jurisprudencia europea, americana y colombiana, cuando se avoca el control de constitucionalidad de una norma se dice con frecuencia que existe una razón suficiente para su existencia o expedición (o, más exactamente, para la diferenciación que establece) y que en consecuencia está ajustada a la Constitución.

La lógica o ciencia del pensar correctamente tiene cuatro principios fundamentales: identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Los tres primeros los “descubrió” o sistematizó Aristóteles y el cuarto es creación de Leibniz.

Frente a la pregunta de cuál es el fundamento de algo o qué hace que una cosa sea de cierta manera y no de otra (¿Qué hace que el perro sea perro y no gato? ¿Cuál es la razón de que el hombre sea hombre y no elefante, mico u otro ser de la naturaleza?), se acudía al concepto de *razón suficiente*, que en ese contexto fue utilizado por Aristóteles y todos los filósofos hasta que Leibniz cambió el significado del concepto y de paso modificó los principios lógicos.

Ya hemos señalado que, mientras para el derecho la cuestión es de validez o invalidez de la norma jurídica, para la lógica es de verdad o falsedad del juicio.

Desde Aristóteles y hasta Leibniz, la lógica solo tenía una categoría de verdad: la verdad necesaria. Leibniz introdujo al lado de ésta otra verdad: la verdad contingente. El principio de la razón suficiente lo que hace es explicar las verdades contingentes. Veamos cómo fue la evolución:

La causa, en el sentido de razón de ser. Éste es uno de los principales significados del término *causa*, y justo aquel por el que contiene la explicación y justificación racional de la cosa de la cual es causa. Dice Aristóteles:

Creemos conocer absolutamente un objeto en particular —o sea, no accidentalmente o de modo sofista— cuando creemos conocer la causa por la cual la cosa es, conocer que ella es causa de la cosa y que, por lo tanto, ésta no puede ser de otra manera.⁴

³ Alfonso Ruiz: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1992, Alicante (España).

⁴ Aristóteles: *Analytica posteriora* 1, 2, 71.b.8.

En este sentido, la causa es razón, *logos*,⁵ ya que hace comprender no solamente el acaecer de hecho de la cosa, sino su *no poder ser de otra manera*, esto es, su necesidad racional. En la doctrina aristotélica, por lo tanto, como en las que dependen de ella, la causa-razón es un concepto ontológico que expresa la necesidad propia del ser en cuanto sustancia. Hegel adopta el concepto en este mismo sentido: “El Fundamento (F.) —dice— es la esencia que es en sí y ésta es esencialmente F., y F. es sólo en cuanto fundamento de algo, de un otro”.⁶ En efecto, en este sentido el F. es “la esencia puesta como totalidad”,⁷ o sea, la razón de la necesidad de una cosa, como lo consideraba Aristóteles.

No obstante, por obra de Leibniz la noción adquirió un significado distinto y específico, por el cual se distingue nítidamente del de causa esencial o sustancia necesaria. Es decir, pasa a designar una relación privada de necesidad y aun la que da a entender o justificar la cosa; el principio de esta relación es denominado *principio de razón suficiente* (*Principium rationis sufficientis*). Leibniz llega a la formulación de este principio a través de la oposición entre la relación libre pero determinante y la relación necesaria. Dice:

La relación o concatenación es de dos especies: una es absolutamente necesaria, de manera tal que su contrario implica contradicción, y tal relación se verifica en las verdades eternas como son las de la geometría; la segunda no es necesaria sino que es *ex hypothesi* y, por así decirlo, por accidente, y es contingente en sí misma, ya que su contrario no implica contradicción.

Esta segunda conexión se verifica en la relación entre una sustancia individual y sus acciones: por ejemplo, el fundamento del hecho de que César pasara el Rubicón se encuentra indudablemente en la naturaleza misma de César, pero ello no dice que el hecho fuera necesario en sí mismo y que su contrario implique contradicción. Del mismo modo, Dios elige siempre lo mejor, pero lo elige libremente y lo contrario de lo que elige no implica contradicción.

Toda verdad fundada en este tipo de decretos es contingente, aun siendo cierta, porque estos decretos no cambian, en efecto, la posibilidad de las cosas, y aun cuando Dios, como he dicho ya, elija siempre indudablemente lo mejor, ello no impide que lo que es menos perfecto no sea y no permanezca posible en sí mismo, si bien no suceda, dado que no es su imposibilidad lo que lo hace rechazar, sino su imperfección. Ahora bien, nada cuyo opuesto sea posible, es necesario.⁸

Como es evidente a través de estos textos de Leibniz, el F. o razón suficiente tiene una capacidad explicativa diferente de la causa o razón de ser de Aristóteles. Esta última, en efecto, explica la necesidad de las cosas, el porqué de que la cosa no

⁵ Aristóteles: *De partibus animalium* 1, 1, 639.b.15.

⁶ Ene., § 121.

⁷ Ibídem.

⁸ *Discours de métaphysique*, 1686, § 13.

pueda ser de otra manera que como es. El fundamento o razón suficiente explica la posibilidad de la cosa, esto es, explica por qué la cosa puede ser o comportarse de determinada manera. Precisamente por esta razón Leibniz consideró el principio de razón suficiente como fundamento de las verdades contingentes y continuó admitiendo, como ya lo había hecho Aristóteles, el principio de no contradicción como base de las verdades necesarias.^{9 10}

Podemos concluir que el principio de razón suficiente creado por Leibniz hace referencia a verdades contingentes o no necesarias y no a verdades necesarias (que se basan en otro principio que es el de no contradicción). Si por otro lado recordamos que el control de constitucionalidad debe verificar que el medio empleado (la ley que distingue) sea necesario, ya que si existe otro medio menos gravoso hay que utilizarlo, no se comprende por qué se habla de que existe una razón suficiente.

Cuando se habla de razón suficiente lo que se quiere decir, en realidad, es que ese medio no es necesario, y si no es necesario debe ser declarado inconstitucional.

3. Sobre el *test de igualdad*

Un *excursus* histórico por la interpretación constitucional norteamericana muestra cómo surgieron ciertas teorías para resolver algunos problemas prácticos propios de su sistema jurídico y cómo las utilizamos en Colombia en un contexto social y jurídico diverso, sin saber de dónde vienen y qué fin o interés perseguían, a quiénes perjudicaban o beneficiaban, y mientras no tomemos conciencia de su origen o finalidad no sabremos distinguir la gran carga ideológica que se esconde detrás de ellas. En toda la parte de historia constitucional de Estados Unidos seguiremos en lo fundamental a Christopher Wolfe en su obra *La transformación de la interpretación constitucional*.

El denominado *test de igualdad* surgió para resolver un problema práctico en el constitucionalismo norteamericano, fundamentalmente por el conflicto surgido entre el presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Estados Unidos. El presidente norteamericano se quejaba de que la Corte Suprema le declaraba inconstitucionales sus leyes de contenido económico y que le impedía aplicar su programa económico, lo cual le generó un gran conflicto con esa Corte, que dividió la opinión pública norteamericana. Como los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos son nombrados por el presidente de la República, el Roosevelt logró hacer una mayoría en la Corte Suprema. Ese tribunal así conformado cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema, para decir que el control de constitucionalidad sobre temas económicos de

⁹ *De scientia universali*, en *Opera*, ed. Erdmann, p. 83.

¹⁰ 6, 7, 8, 9 tomado de Nicola Abbagnano: *Diccionario de filosofía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 578-579.

ahora en adelante iba a ser más flexible y que abandonaba el control estricto que había hecho para dejar que el gobierno y el Congreso hicieran las leyes económicas como quisieran, pues lo único que exigiría en el futuro sería un mínimo de racionalidad en la ley. Con este cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, el gobierno de Roosevelt logró lo que quería, que era atenuar y debilitar el control de constitucionalidad sobre sus leyes económicas, y lógicamente esta tesis benefició al Poder Ejecutivo y restringió el control de constitucionalidad. Éste es el origen histórico de los diferentes *tests* en el control de constitucionalidad, y no hay duda de que surgió para beneficiar al gobierno, con el riesgo de afectar derechos económicos de los ciudadanos. Toda ley tiene un mínimo de racionalidad, pues no habría sido expedida si fuese un absurdo total, y muchas leyes violan derechos de los ciudadanos, pero, al aplicarles un *test* débil, el Tribunal Constitucional termina avalándolas en detrimento de los derechos fundamentales.

En los años 60, el Tribunal cambió su política posterior a 1937 con el fin de emplear la cláusula de la igual protección como instrumento de sus reformas igualitarias. Naturalmente, la redistribución se basaba en dicha cláusula. Por tanto, a mediados de la década de los años 60 el Tribunal desarrolló una interpretación a dos niveles en cuanto a la igual protección. Fue en el nivel inferior, aplicable sobre todo a la regulación económica, donde el Tribunal tenía sólo que demostrar que su clasificación era “racional”. Después había un nivel superior, en el que la clasificación estatal estaba sometida al “estricto escrutinio” y que sólo podía justificarse a partir del “interés estatal irrenunciable”. Este nivel superior tenía dos ramas: en primer lugar, había algunas “clases sospechosas”, cuyo ejemplo clásico era la raza; y en segundo lugar, había determinados “derechos fundamentales”, cuyo mejor ejemplo era la igualdad en el derecho al voto.

Sin embargo, el cambio en la composición de la Corte Suprema y especialmente por la designación que de nuevos jueces hicieron los presidentes del partido Republicano llevó a que el Tribunal Burguer modificase los *tests* del control de constitucionalidad (débil y estricto) e introdujese el *test* intermedio o más exactamente diversos niveles de control. Veamos cómo fue el proceso:

El fallo de Powell rechazó, pues, el análisis de los “derechos fundamentales” porque la igualdad en la educación no es un derecho constitucionalmente garantizado. Un derecho es fundamental no por su importancia social, sino porque está explícita o implícitamente garantizado por la Constitución. El que sea necesaria cierta educación para tener acceso efectivo al derecho a la libertad de expresión o al derecho al voto puede apoyar la demanda de un mínimo de educación —demanda no realizada en este caso—, pero no una demanda de igualdad educativa. Por otro lado, la ley de Texas había contribuido mucho a hacer que los gastos educativos del distrito fueran más iguales legislando ayuda suplementaria estatal que beneficiaba de forma desproporcionada a los distritos más pobres. Dada la razón de que la financiación local ayuda a proteger el control local, Texas podía libremente emplear este sistema financiero.

La opinión de Marshall en desacuerdo contenía algunas observaciones cáusticas. Mientras que algunos de los derechos fundamentales en anteriores casos de igual protección estaban garantizados por la Constitución (por ejemplo, el implícito de rechazo constitucional a viajar, en *Shapiro v. Thompson*), Marshall preguntaba si la Constitución garantizaba el derecho a procrear, el derecho a votar en las elecciones

estatales, o el derecho a apelar por una condena. Repitió su sugerencia de Drandridge, de que el Tribunal adoptase una norma de “escala móvil” para sustituir el “enfoque rígido” de la norma de dos niveles —es decir, en lugar de clasificar los casos en una o dos categorías rígidas (una con un control extremadamente estricto, otra con un control extremadamente deferente), el Tribunal reconociese una escala de derechos (desde el menos importante subiendo gradualmente hasta el más importante a través de diferentes niveles) y varía la severidad del control según la importancia del derecho. En ciertos aspectos, la sugerencia tenía bastante sentido una vez que el Tribunal hubiese decidido elevar ciertos derechos y darles una protección especial, práctica a la que la mayoría se negó a renunciar. Al mismo tiempo, es difícil resistir a la tentación de creer que la conversión de Marshall a un enfoque “más flexible” se hubiese producido en 1971 más que en 1968 a causa de su especulación en cuanto al futuro del Tribunal. Si el Tribunal Warren hubiese seguido a todo vapor en los años 70, sumando sin cesar nuevos derechos al “estricto escrutinio”, ¿hubiera criticado Marshall la “rigidez” de su enfoque? O ¿fue su conversión a la flexibilidad tan sólo un reconocimiento de que con el Tribunal Burger media tajada era mejor que nada?

En 1972 surgió también un deseo de un nivel intermedio, más fuerte que la *mera racionalidad*, pero menor que el *estricto escrutinio*: se trataba de un caso que derogó una ley de Massachusetts que prohibía la distribución de contraceptivos a los menores solteros, o a las parejas casadas a no ser que fuera a través de un farmacéutico o de un médico, y en el curso incierto de las decisiones sobre leyes referidas a hijos ilegítimos.

La norma intermedia ha proporcionado al Tribunal un marco para examinar un número mayor de leyes con mayor atención. Si el estricto escrutinio suponía una opinión más restringida de los poderes legislativos, dado que dicho escrutinio era generalmente “fatal de hecho” (cualquiera sea el significado de la posibilidad teórica de demostrar un interés estatal obligatorio y estrechamente cortado), la misma severidad impuso un tipo de disciplina al Tribunal —una duda en cuanto a ampliar mucho la categoría.

Con el escrutinio intermedio, el Tribunal se sentía libre para examinar más leyes cuidadosamente, sabiendo que las menores demandas de este escrutinio le permitirían apoyar muchas de las leyes así examinadas. No obstante, la evaluación de si un interés del gobierno era “importante” y si la ley favorecía “esencialmente” esos intereses dejó necesariamente al Tribunal en un marasmo de juicios subjetivos. Como argumentó Burger en su desacuerdo en *Plyler v. Doe* (1982), el Tribunal podía remendar “retazos de lo que podía clasificarse de categoría cuasi sospechosa y análisis de derechos cuasi fundamentales” y prolongar “una teoría cortada por la costumbre sobre los hechos” de un caso. El resultado es una orientación simplemente burda. Que, a su vez, es sencillamente un régimen por decreto arbitrario, y no una operación de gobierno en virtud y a través del principio de derecho. Quizá algunas personas hayan agradecido al Tribunal Burger que sus decretos sean con frecuencia más moderados de lo que fueron o serían los del Tribunal Warren. Incluso si esto es cierto, a duras penas justificaría, sin embargo, el principio de tal norma.¹¹

¹¹ Christopher Wolfe: *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid: Civitas, 1991.

Las diferencias que el Tribunal Supremo estadounidense ha ido desarrollando a lo largo del tiempo en el examen o test utilizado para analizar las alegaciones de violación de la cláusula de “la igual protección de las leyes” garantizada por la Enmienda XIV. Según la reconstrucción propuesta por Gerald Gunther, tal jurisprudencia puede sistematizarse en tres tipos de *tests*: a) un *test* estricto —denominado *strict scrutiny*—, para las distinciones normativas que afectan a derechos fundamentales o son “sospechosas” (esto es, utilizan la raza o, con menos rotundidad, la filiación ilegítima conforme al cual los fines de la norma o medida deben ser “perentorios” (*compelling*) y la distinción “necesaria” (*necessary*) para la realización de tales fines; b) un *test* mínimo —denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*— utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean “lícitos” (*legitimate*) en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté “racionalmente relacionada” (*rationality related*) con ellos; y, en fin, c) un *test* intermedio —llamado *Intermediate Review*—, que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías “sensibles” (aunque no “sospechosas”), como el sexo, la discapacidad o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea “importante” (*important*) y que la distinción esté “sustancialmente relacionada” (*substantially related*) con tal fin. En la anterior tripartición, es claro que la mayor o menor exigencia en la relación entre la distinción normativa y su finalidad corresponde con la mayor o menor tolerancia hacia la infra o suprainclusividad de la norma en cuestión.¹²

Síntesis

La evolución del control de constitucionalidad en Estados Unidos nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- a. Que de un control estricto se pasó, a raíz del conflicto con el presidente Roosevelt, a dos niveles, pues se creó un nivel débil para controlar la legislación económica, donde sólo se exigía que la norma fuera racional. Que el control estricto se aplicaba a las categorías sospechosas (raza, etcétera) y a los derechos fundamentales.
- b. Que el tribunal Burger redujo los miembros integrantes de la categoría sospechosa y los derechos fundamentales y que creó una categoría intermedia —*test* medio que en realidad son diversos *tests* intermedios.
- c. Que en realidad, hoy, el control de constitucionalidad se ha relajado contra los derechos de los ciudadanos y esto ha permitido a los gobiernos mantener una serie de leyes que con un control estricto deberían de ser declaradas inconstitucionales y que han vulnerado derechos fundamentales de pueblo norteamericano.

¹² Ruiz: o. cit., p. 62.

4. La ponderación de los principios constitucionales. Riccardo Guastini¹³

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1.

Ahora bien, los conflictos entre principios —ejemplo paradigmático: los conflictos entre principios constitucionales (sobre los que se centra lo que sigue)— presentan generalmente (no siempre y, por tanto, no necesariamente) tres características que merecen ser reseñadas.

1. En primer lugar, los conflictos entre principios —en particular, entre principios constitucionales— son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.

2. En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias *en concreto*. Este punto requiere alguna explicación.

Se da una antinomia *en abstracto* (o necesaria) cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles con supuestos de hecho abstractos, es decir, con clases de supuestos de hecho (concretos) que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. De esta suerte, la antinomia puede ser identificada ya en el plano de la interpretación textual, *en abstracto*, es decir, sin que sea necesario representarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida *en abstracto*, con independencia de cualquier supuesto concreto, desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

Por el contrario, se da una antinomia *en concreto* (o contingente) cuando en el momento de la aplicación dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente para los que el derecho prevé consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada sólo en sede de aplicación de las normas al caso concreto (al que, precisamente, se dé la circunstancia de que ambas sean aplicables). Imaginemos que una primera norma disponga: “Los ciudadanos deben pagar los impuestos” y una segunda norma disponga: “Los desempleados no deben pagar ningún impuesto”. Los supuestos de hecho abstractos a que las dos normas se refieren —respectivamente, *ciudadanos* y *desempleados*— carecen de relación desde el punto de vista conceptual, pues que existan o no de hecho ciudadanos sin empleo es algo contingente. Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presenta hasta el momento en que se trata de decidir si la obligación tributaria grava —supongamos— a ciudadanos empleados o a extranjeros y apátridas desempleados. Pero, cada vez que esté en discusión la obligación tributaria de un ciudadano desempleado, comparece una antinomia. Esto sucede por la simple razón de que, aun siendo diversos los dos supuestos de hecho abstractos, existen supuestos de

¹³ Riccardo Guastini: *Distinguiendo*, Barcelona: Gedisa, 1999.

hecho concretos que entran dentro del campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos sin empleo pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de los desempleados. En cambio, de hecho, no se presentaría ninguna antinomia si la clase de los desempleados estuviera vacía, es decir, si no existieran ciudadanos en situación de desempleo. Por tanto, puede decirse, las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo.

3. En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual, o, según la terminología de A. Ross, *parcial-parcial*. También en este caso parece oportuno hacer alguna precisión.

A veces, dos normas, N1 y N2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de manera que cada supuesto de hecho concreto que entre en el campo de aplicación de N1 entrará también en el campo de aplicación de N2. Este tipo de antinomia se llama *absoluta* (o *total-total*). Si, por ejemplo, una norma califica de lícito y otra califica de ilícito el divorcio, la antinomia será del tipo absoluto.

Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las dos normas, N1 está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra N2 de manera que habrá supuestos de hecho que entran sólo en el campo de aplicación de N2, y supuestos de hecho que entran también en el campo de aplicación de N1; el conflicto nace sólo en relación con estas últimas. Este tipo de antinomia se llama unilateral (o “total-parcial”). Si, por ejemplo, una norma califica de ilícito el aborto y otra califica de lícito el aborto terapéutico, la antinomia será del tipo unilateral.

Otras veces, las dos normas, N1 y N2, disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente. Así, hay supuestos de hecho disciplinados sólo por N1, supuestos de hecho disciplinados sólo por N2, y supuestos de hecho disciplinados por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación con estos últimos. Este tipo de antinomia se llama eventual (o *parcial-parcial*). Si por ejemplo, una norma N1 impone un tributo a los productores de vino tinto, una segunda norma N2 atribuye la denominación de origen controlada a ciertos vinos blancos y tintos, y una tercera N3 exime del impuesto a los productores de vino con denominación de origen controlada. La antinomia entre N1 y N3 —o, si se prefiere, entre N1 y el combinado dispuesto por N2 y N1— será de tipo eventual.

Por consiguiente, la conclusión es que los conflictos entre principios o al menos los que se dan entre principios constitucionales no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas. No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*, porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*, porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) estatuidos por un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio *lex specialis derogat generali*, porque, cuando se trate de una antinomia del tipo eventual, no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie.

La técnica apropiada —y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales para resolver los conflictos de este tipo— es la que se conoce con el nombre de *ponderación*.

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.

A) Una jerarquía axiológica es una relación de valor instituida [no por las mismas fuentes, sino] por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor *peso*, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe —no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino en el sentido de que se deja de lado.

Obsérvese que, en este contexto, *ponderar* no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo, es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia” que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que —de algún modo— aplique o sacrifique parcialmente a ambos.¹⁴ La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

B) Una jerarquía móvil, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso.

En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría la aplicación del principio P2, entonces, en el caso concreto se prescindirá del principio P2, mientras que en el caso concreto se aplicará el principio P1.

Pero, téngase en cuenta, *en el caso concreto*. Nada impide que, en caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2.

En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios en litigio sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, la solución del conflicto en casos futuros resulta imprevisible.

Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.

¹⁴ Una cosa es ponderar dos principios, es decir, “sopesarlos”, para decidir cuál de los dos, por tener mayor “peso” o valor, debe ser aplicado y de cuál, por tener menor “peso” o valor, debe prescindirse; otra es “atemperar” dos principios. Como ejemplo de atemperación o conciliación entre principios, puede mencionarse la regla conforme a la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, frustrando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos producidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables. Los principios atemperados son, obviamente, el de la libertad contractual y el de la obligación de buena fe en los negocios.

5. La interpretación. Kelsen

5.1. Los tipos de interpretación

El individuo que quiere acomodar su conducta a lo que exige el orden jurídico tiene que comprender los preceptos jurídicos que quiere respetar; para ello, establece su sentido, es decir las interpreta.

La ciencia jurídica, cuando describe el derecho positivo y señala el sentido en que debe entenderse las normas, debe interpretarlas. Cuando un órgano jurídico tiene que aplicar el derecho, debe, ante todo, establecer el sentido de la norma que quiere aplicar, o sea, debe interpretarla. Se interpretan las normas no sólo cuando se produce una sentencia judicial, sino también cuando se deben producir otros actos de aplicación del derecho. Por ejemplo, tenemos una interpretación de la Constitución por el órgano legislativo (aplicación inmediata de la Constitución), en tanto le corresponde aplicarla a través del procedimiento legislativo.

Hay entonces, dos tipos de interpretación del derecho: a) la efectuada por un órgano jurídico encargado de aplicar el derecho, y b) la efectuada por una persona privada o de un doctrinante del derecho. Para nuestro trabajo sobre la interpretación constitucional, sólo nos detendremos en la primera de estas interpretaciones.

5.2. La interpretación y los métodos de interpretación

Los distintos métodos de interpretación, como el gramatical, el histórico, el lógico, el sistemático, el finalista, etcétera, sólo demuestran la existencia del conflicto permanente entre voluntad del creador de la norma y expresión de esa voluntad. Todos ellos llevan siempre a distintos resultados, nunca a un resultado único, "correcto". Desde el punto de vista del derecho positivo es lo mismo acoger estrictamente el tenor literal de la norma a aplicar, sin preocuparse por la voluntad del legislador, que inclinarse por la voluntad supuesta del creador de la norma, dejando de lado su tenor literal.

La propia existencia de distintos métodos de interpretación de una misma norma es una prueba del hecho de que existen distintas posibilidades para su aplicación.

5.3. La indeterminación del acto de aplicación del derecho

El acto de aplicación del derecho es relativamente indeterminado en relación con la norma que se aplica, no sólo en cuanto al contenido del acto. Hasta la norma más meticulosa tiene que dejar al ejecutor cierta cantidad de determinaciones. Por ejemplo, si un juez da la orden de privar de libertad a una persona, el ejecutor, la policía judicial, tiene que decidir cuándo, cómo y dónde ejecuta la orden, según las circunstancias; el juez no dice cuándo (si de día o de noche), cómo (si pacífica o violentamente, ya que eso depende de la resistencia que haga quien va a ser capturado) ni dónde

(si en su casa o en la casa donde se oculta el delincuente). Esta indeterminación consciente lo que busca es obtener una mayor eficacia en la aplicación de las normas jurídicas, pues si a la policía judicial se le diera la orden de que sólo puede capturar de día y encuentra al delincuente de noche, éste no podría ser capturado en esas circunstancias.

La indeterminación del acto de aplicación del derecho puede *no ser* intencional; puede deberse a la ambigüedad (ambivalencia) o vaguedad de una palabra o grupo de palabras. Aquí el órgano que debe aplicar la norma se encuentra ante distintos significados posibles y, por lo mismo, ante varias interpretaciones posibles. El órgano encargado de aplicar la norma cree encontrar una discrepancia entre la expresión gramatical de la norma y la voluntad de quien la dictó. Puede también presentarse la situación de indeterminación del acto jurídico que se quiere aplicar, como consecuencia de que dos normas con pretensión de validez simultánea se contradigan total o parcialmente. En todos estos casos son posibles varias interpretaciones.

La indeterminación del acto de aplicación del derecho puede ser intencional, producto de la voluntad del creador de la norma, y puede referirse tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada. Por ejemplo, la norma penal puede dejar al juez, en caso de determinado delito, la decisión de si aplica una u otra. Puede también fijar un límite máximo y uno mínimo para la pena, dejando al juez la facultad de decidir en cada caso la sanción concreta dentro de esos parámetros.

Es un esfuerzo inútil pretender fundar “jurídicamente” una de esas posibilidades con exclusión de las otras. Que el recurso interpretativo usual del argumento a contrario y a la analogía es enteramente carente de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ambos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo debe recurrirse al uno o al otro. También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da un patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. En especial ese patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una “interpretación” resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, con lo que deja esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas.¹⁵

¹⁵ Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, México: UNAM, 1986, p. 353.

5.4. Caracterización de la interpretación hecha por un órgano de aplicación del derecho

La interpretación que hace un órgano encargado de aplicar el derecho se diferencia de la que hace una persona no encargada de aplicarlo (particular o la doctrina), en que, además de fijar el marco de las posibilidades de aplicación, realiza un acto de voluntad, consistente en escoger una de esas varias posibilidades. La decisión entre esas varias posibilidades es una decisión política, no jurídica:

La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es, según los supuestos previos, ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta.¹⁶

La interpretación entendida como un cuadro dentro del cual existen varias posibilidades

Como consecuencia de la indeterminación querida o no de la norma, se ofrecen a la aplicación del derecho distintas posibilidades. Por lo mismo, todo acto de aplicación es conforme a derecho si puede imputarse a una de las posibilidades de ese marco, si se mantiene dentro de él, y sólo dejará de estar conforme a derecho si se sale de ese marco.

6. El principio de libertad base fundamental de la interpretación constitucional en el Estado de derecho

El tribunal constitucional, al hacer el control de constitucionalidad, debe tener siempre presente cuáles son los fundamentos del Estado social y democrático de derecho.

6.1. Libertad e igualdad

La libertad y la igualdad de todos los hombres son los fundamentos de la democracia. La libertad es el principio fundamental de la democracia: “El principio de la aristocracia es la virtud; el de la oligarquía, la riqueza, y el de la democracia, la libertad”.¹⁷

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Aristóteles: *Política*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970 p. 182.

La democracia tiene como finalidad la libertad:

El fundamento del régimen democrático es la libertad; es el fin a que tiende toda democracia [...] Forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que apruebe la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo (lo que beneficie a la mayoría) [...] Otra es el vivir como se quiere, ésta es el resultado de la libertad [...] Éste es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no, por turno. Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad.¹⁸

Las sublevaciones tienen, pues, siempre por causa la desigualdad y los que se sublevan lo hacen buscando la igualdad.¹⁹

La base sobre la cual descansa el edificio de la libertad es la igualdad. El nexo indisoluble que existe entre libertad e igualdad fue también percibido por Rousseau al establecer la finalidad de la ley (y la ley era, para él, la expresión de la voluntad general). La ley debe perseguir el mayor bien de todos y esto se logra asegurando dos objetivos: la libertad y la igualdad.

La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado. La igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella.²⁰

El concepto filosófico de libertad está íntimamente relacionado con el de libertades públicas, derechos civiles, garantías sociales, etcétera.

El primer pensador que estableció esta conexión entre el aspecto filosófico y el político-social fue Hegel:

En tanto que con anterioridad a Hegel el concepto del libre albedrío era considerado sobre todo en el aspecto personal, en el plano de la libertad de los actos humanos, para Hegel incluye, a la par con el aspecto propiamente filosófico, también el aspecto político-social, y llega a ser un sinónimo del concepto de libertad en general.

“El libre albedrío es la libertad en general, y todas las otras libertades sólo son formas de éste”, afirmó. En esas libertades incluye, entre otras, la libertad de palabra, la libertad política y la libertad religiosa, considerando que son modificaciones, manifestaciones especiales del concepto universal del libre albedrío.²¹

6.2. Individuo y autoridad: dos supuestos radicalmente opuestos

El Estado de derecho parte del supuesto de que la libertad del individuo es en principio ilimitada. Como consecuencia de ello, el individuo puede hacer todo aquello

¹⁸ *Ibíd.*, p. 250.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 205-296.

²⁰ Juan Jacobo Rousseau: *El contrato social*, México: UNAM, 1962, p. 53.

²¹ K. A. Novikov: *El libre albedrío y el determinismo marxista*, México: Cartago, 1984, pp. 35-36.

que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que en principio son limitadas.

Al individuo, al ciudadano, lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público, lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida para que pueda realizarla; en cambio, al gobernante no le sirve este mismo argumento. Para que él pueda actuar, necesita mostrar la norma que lo faculte para actuar; si esa norma no existe, para él está prohibida esa actuación.

En el Estado de derecho, la posición del individuo es radicalmente opuesta a la de la autoridad. Como se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada, él puede potencialmente realizar todos los actos; el individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido; en cambio, la autoridad sólo puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza realizar. En consecuencia es una mala técnica jurídica prohibir una conducta a un órgano del Estado, pues basta no autorizarla para que no pueda llevarla a cabo.

Este esquema fundamental de relaciones entre gobernante y gobernado del Estado de derecho es consecuencia del principio de que la libertad del hombre es en principio ilimitada, y de que el hombre era libre antes de entrar en relaciones políticas y debe continuar siéndolo dentro de estas relaciones.

Por esa misma razón, Kelsen, al estudiar el contenido de la Constitución, señala que es un error de técnica establecer en la Constitución permisiones o autorizaciones a los ciudadanos para ejercer sus derechos, pues ellos son concebidos como seres libres que no necesitan de ninguna autorización para ejercer sus libertades; que lo correcto sería establecer en las constituciones las *prohibiciones constitucionales*, cuando *se quiera* limitar su libertad.

Las prohibiciones constitucionales dirigidas a los órganos del Estado tienen sentido sólo cuando previamente se ha concedido una autorización casi que ilimitada a un órgano del Estado y quiere restringirse esa autorización, especialmente las autorizaciones concedidas al órgano legislativo.

Las prohibiciones constitucionales dirigidas a los individuos tienen pleno sentido, ya que éstos, de no existir aquéllas, podrían realizar la conducta, ya que gozan de una libertad en principio ilimitada y estas prohibiciones son una manera de restringir esa libertad.

7. Crítica de los *tests* y de la razonabilidad

7.1. Intensidad del test

Reiteramos que la Corte Constitucional de Colombia ha trasladado un modelo de control de constitucionalidad hecho por la Corte Suprema de los Estados Unidos a una Constitución diversa y a unas circunstancias diferentes, sin explicar las razones que

dieron origen a aquél y los problemas prácticos que con él se quisieron resolver, para aplicarlo mecánicamente a una Constitución y a una realidad distintas.

Nuestro sistema jurídico es distinto del estadounidense; nuestra Constitución, a diferencia de la de Estados Unidos, tiene definidos unos derechos como fundamentales y ordena a la Corte Constitucional guardar la integridad de la Constitución, sin hacer diferencias en el método de control ni en el tipo de ley que se controla. Nuestro parámetro constitucional (que no está en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica) es el de la integridad de la Constitución y, si la Corte no lo aplica, deja desprotegidos los derechos de los ciudadanos.

El examen de constitucionalidad de una norma no puede, a la luz de la Constitución colombiana, realizarse aplicando lo que se denomina un *test*, de *intensidad* variable según la materia a que se refiera, de tal suerte que será *leve* si se trata de “materias económicas, tributarias o de política internacional”, por cuanto lo que a la Corte le confía el artículo 241 de la Carta es: “la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución”, sin que pueda establecerse de manera subjetiva que en unos casos debe ser más estricta que en otros, pues lo único que ha de guiar su labor es el ejercicio de la función de control que se le atribuye por la citada norma “en los estrictos términos” que la propia Constitución le señala.

La constitucionalidad de normas sometidas a control con el concepto de *intensidad del test* (*leve, mediano o estricto*) es subjetiva y caprichosa, por cuanto habría que preguntarse: ¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplicaría un *test* leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto? Interrogantes éstos que nos podrían conducir en esa materia a preguntar *ad infinitum*.

Por otra parte, aplicado en una de esas modalidades subjetivas, ese *test* siempre debería hacerse así en el futuro. Eso lleva a que la Corte Constitucional “se case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un *test* de intensidad determinada” que la Constitución no autoriza.

Afirmar que en materias económicas el análisis de constitucionalidad se oriente mediante “un *test* leve de razonabilidad” compromete a la Corte en un sentido determinado y la pone a andar un camino que después no puede deshacer, y le impide, en cambio, examinar con objetividad cada caso concreto. No es verdad que todo lo que se refiere a materias económicas tenga la misma trascendencia jurídico-constitucional. Por eso, resulta imposible de antemano afirmar que el análisis debe ser *leve* en esas materias, pues, como se sabe, hay unas de mayor importancia y trascendencia que otras, aunque sean todas de contenido económico. Así, no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales sobreviven muy pocas personas) que la ley que adopta el Plan de Desarrollo e Inversiones Públicas, para juzgarlas ambas con poco rigor, con un *test* leve. La dificultad se evita si, en los dos casos, se juzga aplicando sin esguinces la Constitución Política. Lo mismo sucedería con un tratado internacional, si se juzga con fundamento en la Constitución uno destinado al intercambio cultural entre Colombia y Venezuela, por ejemplo, que

otro que estableciera la pena de muerte para quienes crucen la frontera como indocumentados. En los dos casos, aunque son diversos, la constitucionalidad ha de juzgarse única y exclusivamente con aplicación de las normas previstas por la Carta en una y otra hipótesis, sin necesidad de acudir a la intensidad del *test*, no prevista en la Constitución.

Conviene recordar que esa técnica jurídica de la intensidad de los *tests* de constitucionalidad, producto de la experiencia constitucional norteamericana, permite clasificarlos de tal suerte que unos serán estrictos, otros medianos y otros leves, lo que dependerá del intérprete y dejará sin resolver por qué apenas se considerarían esas tres categorías y no otras adicionales, que llevaran, por ejemplo, a un *test* “estrictísimo”, a un *test* “levísimo”, a uno “medio estricto” o a otro “medio leve”. Para agravar la incertidumbre cabría preguntarse: ¿Quién determina el *test* que se escoge? ¿Existen criterios objetivos para hacerlo? ¿O más bien es el intérprete quien escoge subjetivamente un *test* y luego, a posteriori trata de justificarlo? ¿Y con qué fundamento constitucional?

A mi juicio, el rigor en el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos a ese control por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquélla, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma causada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alargue o se acorta según convenga, tal como ocurría con el *lecho de Procasto*, en el que, para que el usuario cupiera, se le estiraba o se cercenaba, a fin de que de todas maneras diera la medida.

Los propios autores norteamericanos como Dowrkin no creen en los *tests* y sus grados de intensidad.

Tampoco discuto mucha doctrina jurídica técnica, excepto cuando es absolutamente necesario. Cada parte del derecho, incluido el derecho constitucional, hace uso de mecanismos y categorías especiales inventados en un intento de disciplinar principios jurídicos abstractos con un vocabulario técnico. Sin embargo, los principios resisten tal disciplina, y los aparatos tienen una vida de estantería finita —con frecuencia muy corta—. Cada uno comienza con una estrategia útil y modesta al demostrar las implicaciones de principios generales para un conjunto limitado de problemas. Pero algunos desarrollan luego una vida y fuerza propias, y se convierten en tiranos que envejecen, cuyas malas rachas y cuidados generan más desgracias que dichas, hasta que son finalmente desechados —sin dientes, sin nada— por un juez creativo con nuevos ardidés. Por ejemplo, los estándares de niveles “estricto”, “relajado” e “intermedio” de “escrutinio”, que la Corte Suprema ha usado por décadas en sus decisiones de protección, quizá alguna vez sirvieron a un propósito útil al ofrecer presunciones funcionales acerca de las discriminaciones que indican o no fallas a la preocupación igual. Pero ya no lo hacen más. Este libro niega que tales artificios doctrinales se concentren en los principios fundamentales a los que se supone sirven.

7.2. *El juicio de razonabilidad*

El objeto es hacer unas reflexiones que muestren toda la problemática que existe detrás del concepto de razonabilidad.

El *principio de razonabilidad* no es más que un límite a la legislación y, más concretamente, al órgano legislativo.

Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del *principio de igualdad* y especialmente de la *regla de la igualdad*, que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.

Esta regla de igualdad, sin embargo, no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro lugar, pues plantea el problema de decidir cuáles son los casos iguales (para darles igual tratamiento) y cuáles no lo son (para darles distinto tratamiento); dicho de otra manera, cuáles distinciones se justifican y cuáles no (y, por lo mismo, son discriminatorias).

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta; sin embargo, implica una contradicción lógica, ya que, como dijo Riccardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Esto significa que para distinguir deben existir razones; razones que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada, y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

El principio de razonabilidad es también una fuente de las denominadas *lagunas axiológicas*. Se denomina *laguna axiológica* no a la falta de norma, porque sí existe norma, pero la norma que existe no es para el intérprete la que debería existir, sino otra diversa. No es entonces la falta de cualquier norma, sino la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior (constitucional).

Cuando el legislador trata de igual modo casos que al intérprete (de la Constitución o, más exactamente, al Tribunal Constitucional) le parecen diversos, o sea, cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir; entonces el Tribunal Constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna).

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete de la Constitución le parecen iguales, y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón, entonces el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

Como se puede observar, el principio de razonabilidad es una máquina creadora de lagunas jurídicas, y es —hay que decirlo claramente— un instrumento de poder en manos de los tribunales constitucionales para revisar discrecionalmente las decisiones

del legislador, e incluso para suplantarlo. Precisamente por ser un instrumento tan poderoso es que requiere un uso muy prudente, y es por eso que hay que despojarlo de todas sus mitificaciones.

Si bien es cierto que las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada *test de razonabilidad del criterio de igualdad*, esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

Este método busca proteger los derechos fundamentales aun frente al propio legislador, ya que la posibilidad que éste tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario, o sea, que no se habría podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara, o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Los derechos fundamentales exigen su máxima realización posible, o, lo que es lo mismo, está prohibida su protección deficiente, de modo que en caso de conflicto entre principios se debe mirar la relación costo-beneficio. Si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio, si otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, es más adecuado. Por ejemplo, si con el medio A se realiza un derecho en un 95% pero se afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85% pero afecta sólo en un 10% al derecho que juega en sentido contrario, será preferible este último medio, pues tiene una mejor relación costo-beneficio.

Como se puede observar, esta técnica —que, como toda técnica, es útil— no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

- a. ¿Quién determina el fin perseguido?
- b. ¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?
- c. Aceptando que el Estado tiene diversos fines, ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?
- c. ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de *bien común*, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

- a. ¿Qué es la razonabilidad?
- b. ¿Quién determina lo razonable?
- c. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?
- d. ¿Qué es lo irrazonable?
- e. ¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?
- f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico, con limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el *apartheid* en las escuelas, y aun después de reconocer la igualdad entre negros y blancos se regía por el principio de *iguales pero separados*. Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no fueran iguales, y después, cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados, y hubo que esperar hasta 1954, cuando en una célebre sentencia dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos muestran cómo el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de éste, como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario?

Alf Ross, uno de los más importantes positivistas modernos y quien se atrevió a llamar a Kelsen *cuasipositivista*, ya que según él no lo era suficientemente; al referirse a la exigencia de igualdad en el derecho vigente dijo:

Está claro, pues, que una exigencia general indiscriminada de que todos sean tratados de igual manera sólo significa que el trato acordado a cada persona debe seguir reglas generales. Si tal exigencia está autorizada por el derecho, se torna una cuestión de interpretación determinar si debe hacerse caso omiso de ella, como una formulación meramente ideológica, jurídicamente vacía, o si es posible acordarle significado específico en base a un fundamento histórico. Si tal exigencia aparece en la doctrina, es tarea de la crítica demostrar su vacuidad y averiguar qué se ha querido, posiblemente, decir con ella.

La situación es distinta si la exigencia recibe un contenido especial; por ejemplo, igualdad no obstante las diferencias de sexo o raza. Tal exigencia tiene un significado. Prohíbe que las leyes que rigen el status jurídico de una persona empleen criterios determinados por su sexo o raza. En este caso, según las circunstancias, pueden surgir problemas de interpretación referentes al exacto alcance de la prohibición. Unos pocos ejemplos pueden ilustrar esto.

1. Algunas constituciones expresan en forma específica que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Tales cláusulas parecen estar desprovistas

de significado específico. Parecería que sólo pueden significar una de estas dos cosas:

- a. que la ley, según su contenido, debe aplicarse sin consideración a las personas; ello va de suyo y se encuentra ya en el concepto de norma;
- b. que la ley no debe basarse en distinciones o características que sean consideradas *irrelevantes* o *injustas*; pero tal prohibición de leyes *injustas* no tiene significado preciso, puesto que *injusticia*, en este contexto, es la expresión de un prejuicio emocional que no puede ser definida mediante criterios objetivos.

Es presumible que las cláusulas de este tipo pueden ser explicadas histórica e ideológicamente como una reacción contra un derecho anterior, en el cual ciertos grupos de la población —por ejemplo, la nobleza— tenía privilegios, en particular privilegios frente a la posibilidad de ser demandados. Es posible comprenderlas según las circunstancias, con fundamento histórico, como que prohíben la reimplantación de tales privilegios.

Si la exigencia de igualdad es calificada mediante una referencia a criterios definidos que no pueden ser usados para introducir discriminaciones, entonces, por el contrario, la cláusula tiene un significado tangible. Excluye la presencia de tales criterios en la legislación ordinaria.

2. A veces se establece un principio abstracto de igualdad como una guía para la administración en el ejercicio de su discreción. Lo que ha sido dicho en el apartado 1 vale, en lo pertinente, también aquí. En principio, no contiene ninguna norma material para el ejercicio de la discreción, sino que expresa únicamente una exigencia formal, a saber: que la decisión sea hecha sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria.

3. En la doctrina del derecho internacional, la igualdad abstracta de los Estados se presenta a menudo como uno de los llamados derechos fundamentales éstos. Una demanda de formulación tan abstracta carece de significado, pero tras ella está oculta, por un lado, la prohibición de discriminar sobre la base del tamaño de los Estados, y por otro, ciertas reglas que nada tienen que ver con la igualdad o desigualdad (el principio de unanimidad y la regla sobre inmunidad de los Estados).

4. En la doctrina de la expropiación se sostiene que la línea que separa a ésta de las restricciones al dominio sin compensación está, en principio, determinada por un criterio de igualdad: las restricciones no dan derecho a obtener compensación si afectan a todas las propiedades del mismo tipo. Resulta claro, sin embargo, que el principio de igualdad es aquí tan carente de significado como en otras partes. Todo precepto que describe el objeto de la restricción mediante conceptos o características generales se refiere por igual a todas las propiedades *del mismo tipo*. La mano de la naturaleza no determina qué objetos son *del mismo tipo*; ello depende únicamente de la inclusión de esos objetos en la misma categoría conceptual, cualquiera sea la forma como se la defina.

La palabra *granja* define un grupo de objetos *del mismo tipo*. Pero ello ocurre también con cualquier otra definición conceptual, por ejemplo: “granjas con una población animal de más de cien cabezas”, “granjas con una población animal de más de cien cabezas y de una extensión superior a los cincuenta acres”, “granjas ubicadas en Ohio, con una población animal de más de cien cabezas y una extensión superior a los cincuenta acres, cuyo propietario haya estado en posesión de la granja durante más de veinticinco años y que esté gravada con una hipoteca de más de \$ 5 000”. Esto, sin considerar si hay siquiera una granja que satisfaga las condiciones dadas.

Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características

distintivas que están *bien fundadas*, que son *razonables* o *justas*; esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser remplazada por una referencia a lo que se considera *justo* según una opinión subjetiva y emocional. Tal “principio” no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional.²²

7.3. Crítica de interpretación por valores

La interpretación por medio de valores o principios presenta dos grandes inconvenientes: 1) que los valores que no están previamente definidos son siempre subjetivos, y 2) que, como no existe una jerarquía de los principios, sino una escala móvil, donde en un caso de conflicto entre valores (A y B) puede primar un valor (A sobre B) y en otro caso puede primar el valor que antes no primó (B sobre A), no existe nunca certeza jurídica ni regla general, lo que crea inseguridad, pues nunca se sabe cómo fallará el juez y, lo que es más importante, el derecho se convierte en un catálogo de casos.

Algunos argumentos de quienes defienden principios son perjudiciales; las guerras religiosas, la esclavitud, la inquisición y el nazismo no fueron sólo un cálculo utilitario, sino también la consecuencia de principios en los que creían algunos hombres. El peligro de los argumentos de principios es que constituye un principio para quien habla, pero no necesariamente para quien lo escucha, y el ser elevado o definido como principio no lo hace necesariamente bueno

La interpretación por principios o valores atenta contra uno de los valores fundamentales del derecho, como es la seguridad jurídica. Si dos valores están en conflicto y el uno no deroga al otro, sino que la técnica se reduce a aplicar en ese caso concreto uno y dejar de aplicar el otro, en otro caso el que se dejó de aplicar se aplica, y se deja de aplicar el que antes se aplicó. Este método crea una gran inseguridad, ya que nunca se sabe de antemano cuál de los dos valores en conflicto debe ceder ante el otro. Los ciudadanos nunca saben qué valor primará sobre el otro, dado que no existe una escala de valores predeterminada que permita a los ciudadanos prever el fallo judicial, pues ningún valor vale más que otro. La jurisprudencia no permite a los ciudadanos orientarse en las decisiones judiciales ni en sus conflictos, ya que los casos anteriores pueden ser modificados en el nuevo caso dándole primacía al valor que antes no primó. La acción del Tribunal Constitucional se convierte en una decisión de caso por caso, sin que sea posible definir una escala permanente de valores; esto atenta contra la seguridad jurídica y, lo que es más grave, deja los derechos fundamentales (o no fundamentales, pero derechos al fin y al cabo) de los ciudadanos en manos de los tribunales, debido a que los ciudadanos no saben nunca con certeza si la vida vale más que el libre desarrollo de la personalidad o viceversa.

²² Ross Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 4.ª ed., 1977, pp. 277-280.